

## INTEIRO TEOR

### VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE EM SITE NA INTERNET. EXIGÊNCIA DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.<sup>1</sup>

Apelação com revisão n. 287.482-5/1-00

Recorrente: Juízo *ex officio*

Apelantes: Rede Ajato Ltda. e outra

Advogados: Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Cezaroti

Apeladas: Fazenda do Estado de São Paulo e outra

Procurador: Paulo de Tarso Neri

Comarca: São Paulo

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n. 287.482-5/1-00, da Comarca de SÃO PAULO - FAZ PÚBLICA, em que é recorrente o JUÍZO *EX OFFICIO*, sendo apelante REDE AJATO LTDA, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, REDE AJATO LTDA:

**ACORDAM**, em Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “REJEITADAS AS PRELIMINARES, NÃO CONHECERAM DO RECURSO OFICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

---

1. Ementa publicada no TJSP Caderno n. 2 de 10 de setembro de 2008.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI E ISRAEL GOES DOS ANJOS.

São Paulo, 28 de abril de 2008.

Apelação com revisão n. 287.482-5/1-00

Recorrente: Juízo *ex officio*

Apelantes: Rede Ajato Ltda e outra

Apeladas: Fazenda do Estado de São Paulo e outra

Comarca: São Paulo

ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE EM *WEB SITE*. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. RECURSO VOLUNTÁRIO DA IMPETRANTE. EXTENSÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONCEDIDA A LIVROS E JORNAIS E PERIÓDICOS. INADMISSIBILIDADE. A IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150. VI, *D*, DA CF ESTENDE-SE SOMENTE AO PAPEL DESTINADO À IMPRESSÃO NÃO SE INCLUIRÃO OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA IMPETRANTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DA FAZENDA. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO A ADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ASSEGURAR SEU DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. MERA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, SUJEITA APENAS AO ISS. RECURSO OFICIAL. SENTENÇA MANTIDA.

PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO OFICIAL NÃO CONHECIDO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART 475, § 2º, DO CPC. RECURSOS VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS.

1. Trata-se de recursos oficial e voluntários interpostos conta a r. sentença de fls. 98/106, proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Rede Ajato Ltda contra ato do Chefe do Posto Fiscal do Ibirapuera - PCF 430, da Secretaria da Fazenda do Estado, que concedeu parcialmente a ordem para afastar a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, da Constituição Federal, a ser aplicada aos serviços de veiculação de publicidade em *web site* de impetrante e reconhecer a não incidência do ICMS nos anúncios publicitários veiculador em seus site da internet.

Inconformada, recorre à impetrante, sustentando que a imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal deve ser estendida aos provedores de informação na Internet. Pleiteia a reforma parcial da r. sentença para concessão integral da ordem (fls. 116/133).

Igualmente inconformada, recorre a Fazenda do Estado, alegando, em preliminar falta de interesse de agir e inadequação da via eleita. No mérito, sustenta a incidência do ICMS sobre os serviços prestados pela impetrante, afirmando que referidos serviços não se encontram especificados na “Lista dos Serviços” anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 (fls. 165/142).

De ofício recorreu o magistrado.

Tempestivos os recursos voluntários, foram os mesmos regularmente processados, com a apresentação de contra-razões pela impetrante (fls. 146/161).

A Douta Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se às fls. 211/215 opinando pelo provimento dos apelos oficial e da Fazenda do Estado, denegando-se a ordem.

É o relatório.

2. O recurso oficial não deve ser conhecido.

Muito embora respeitado o entendimento do MM. Juiz sentenciante restou pacificado nesta C. Câmara que, sendo o valor da causa inferior, à época da propositura da ação, ao valor mencionado no § 2º, art. 475, do Código de Processo Civil, desnecessária a remessa dos autos para reexame necessário.

Portanto, não conheço do recurso oficial.

3. As preliminares argüidas não merecem prosperar.

A exigência do Tributo pela Fazenda do Estado sobre a atividade prestadora de serviços da impetrante, contribuinte de direito do ICMS exigido, em decorrência de consulta fiscal formulada induz à legitimidade ativa, para a causa e para o processo, bem como a presença do interesse de agir, de obter ordem para prevenir cobrança que entende indevida.

O meio processual eleito é adequado para a consecução do fim colimado, tratando-se de impetração preventiva, em face da resposta do Fisco à consulta feita pela impetrante, que torna patente a exigência pela autoridade impetrada.

Afasto, pois, as preliminares.

4. Os recursos não comportam acolhimento.

Não assiste razão à impetrante quanto à alegação de que a imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal não limita-se ao papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, se estendendo aos serviços por ela prestados.

A norma constitucional que confere imunidade deve ser interpretada restritivamente, cabendo aqui as palavras do ilus-

tre Ministro Maurício Corrêa, proferidas no Recurso Extraordinário n. 203.859-8 SP “por ocasião da Constituinte de 1988, como se sabe foi apresentada emenda no sentido de introduzir no atual art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, alguns insumos essa emenda, todavia não resultou aprovada o que significa dizer que a *mens legislatoris*, sem dúvida, entendeu que havia a imunidade tão-somente para o papel de impressão, tal qual ficou plasmado de forma definitiva no dispositivo constitucional acima mencionado, afastando-se, dessa forma, a sua extensão para outros tipos de insumos”.

Portanto, em matéria de exoneração da obrigação fiscal, prevalece o princípio da interpretação restrita, como mostra o art. 111 do Código Tributário Nacional, diploma legal que tem natureza de lei complementar, por meio da qual o legislador cumpre a delegação de “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”, na forma prevista no art. 146 da Constituição Federal.

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal

IMPOSTO ICMS. Pleito de liberação de máquinas e equipamentos utilizados na impressão de livros e periódicos, que se encontram no entreposto aduaneiro, sem o recolhimento do ICMS devido Alegação da impetrante de que está imune ao referido imposto, com base no artigo 150, inciso VI, letra *d*, da CF, que vedado ao ente federado instituir impostos sobre livros, jornal e periódico e ao papel destinado à sua impressão, incluindo-se na vedação constitucional doto do maquinário e insumos utilizados na impressão. Inadmissibilidade. ICMS devido no dispositivo constitucional citado não se encontram elencadas as máquinas e aparelhos importados (Recurso de Apelação n. 310.331-5/3 - Rei. Desembargador Eduardo Braga).

E como bem afirmou MM Juiz sentenciante:

...nada comparável a atuação da impetrante com a simples veiculação de informações, longe de poder ser considerado livro (materializado sob a forma convencional ou por meio eletrônico), jornal ou periódico, **fazendo da veiculação de eventuais informações atividade secundária e sem qualquer propósito de incentivo à cultura ou divulgação do pensamento, nítido caráter mercantilista e de finalidade lucrativa.**

Todavia, ainda que não seja o caso de imunidade tributária, não se vislumbra a hipótese de incidência do ICMS, sobre os serviços prestados pela impetrante.

Neste sentido já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO PRESTADO. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) . NÃO INCIDÊNCIA. LEI N. 9.742/1997, ART. 61.

Em face do serviço de provimento de acesso à Internet classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no art. 61 da Lei n. 9.742, de 16 de julho de 1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar n. 87/1996. Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual. (REsp n. 736.607-0 - PR. Relator Ministro Francisco Falcão).

Imperioso destacar que a veiculação publicitária no site da impetrante não transmite mensagens a destinatários certos e identificados, não se caracterizando, desta forma, o fato gerador do ICMS, não se completando o binômio do prestador do serviço e tomador do serviço.

Oportuna a lição de Roque Antônio Carraza:

Noutro giro verbal, para que se surja o dever de recolher o ICMS há de haver uma intermediação onerosa entre o emissor e o receptor da mensagem.

Adiantamos que não se confundem com os serviços de comunicação - não podendo, destarte, ser tributados por meio de ICMS - os serviços de propaganda, ainda que levados a efeito por empresas ligadas ao setor de comunicações.

[...]

Positivamente, simples divulgação de propaganda e publicidade (por outdoors, banners, painéis, alto-falantes, emissoras de rádio, emissoras de televisão, Internet, etc.) não tipifica prestação de serviço de comunicação, seja porque a empresa que a realiza não coloca à disposição de terceiros meios e modos para que troquem mensagens, seja porque o destinatário não é identificado, seja, ainda, porque não interage com o emissor. (ICMS, Malheiros Editores, 12ª edição, pg 181).

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

5. Por isso, rejeitadas as preliminares, pelo meu voto, não conheço do recurso oficial e nego provimento aos recursos voluntários.

**VENDAS A PRAZO. ENCARGOS FINANCEIROS. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS À ALÍQUOTA ZERO. IMPOSSIBILIDADE LEGAL.**

Apelação em Mandado de Segurança n.  
2006.72.01.002340-6/SC

Relatora: Juíza Vânia Hack de Almeida

Apelante: Panatlantica Catarinense S/A

Advogado: Thomaz Augusto Garcia Machado e outros

Apelado: União Federal (Fazenda Nacional)

Advogado: Simone Anacleto Lopes

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NÃO-CUMULATIVO. VENDAS A PRAZO. JUROS. RECEITA FINAN-**

CEIRA. DECRETO N. 5.442/05. ALÍQUOTA ZERO. NÃO-INCIDÊNCIA

1. Do ponto de vista da tributação sobre o faturamento, a compra e venda a prazo com a inclusão de encargos financeiros pelo diferimento do pagamento, cujo financiamento é arcado pelo próprio vendedor, não importa o surgimento de dois negócios jurídicos, um de compra e venda e outro de financiamento do preço a prazo. Isso porque o acréscimo no valor, decorrente da postergação do pagamento concedido pelo vendedor e por ele suportado até o adimplemento, representa a contraprestação do adquirente - o preço do bem adquirido a prazo.

2. Não sendo receita financeira, a tributação do acréscimo no preço da mercadoria vendida a prazo não resta desfalcada pela ausência de crédito dedutível sobre despesa financeira, pois despesa financeira correlata não há; são as condições do negócio que determinam um retardamento no recebimento, não sendo equivalentes receber posteriormente e ter despesa financeira.

3. Assim, a receita decorrente dos juros cobrados nas vendas a prazo não são alcançadas pela redução a zero da alíquota do PIS/COFINS, prevista no Decreto n. 5.442/05.

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.



Porto Alegre, 22 de julho de 2008.

Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Relatora

Apelação em Mandado de Segurança n. 2006.72.01.002340-6/  
SC

Relatora: Juíza Vânia Hack de Almeida

Apelante: Panatlantica Catarinense S/A

Advogado: Thomaz Augusto Garcia Machado e outros

Apelado: União Federal (Fazenda Nacional)

Advogado: Simone Anacleto Lopes

RELATÓRIO: Trata-se de mandado de segurança no qual a impetrante busca ver reconhecido, nos termos do Decreto n. 5.442/05, o direito de aplicar a redução a zero das alíquotas do PIS/COFINS não-cumulativo incidente sobre receitas financeiras, tendo como tais os juros nas vendas a prazo. Requereu também o reconhecimento do direito à compensação do que pago desde a vigência do referido Decreto n. 5.164/04.

A sentença denegou a segurança. Não houve condenação em honorários advocatícios. Custas imputadas à demandante.

Inconformada, apelou a impetrante. Sustentou que não negou que os juros integram a receita bruta; todavia, a questão central seria a natureza jurídica dos encargos financeiros. Alegou que os juros são devidos pelo financiamento e não em razão da compra e venda, tendo natureza de receita financeira, nos termos da legislação do imposto de renda. Disse que o art. 37 da Lei n. 10.865/04 suprimiu o crédito de PIS/COFINS sobre despesas financeiras. Em contrapartida, o Decreto n. 5.442/05 reduziu a zero a alíquota de PIS/COFINS sobre as receitas fi-

nanceiras. Aduziu que os encargos financeiros discutidos não se equiparam a juros sobre o capital próprio, única receita financeira que atualmente não está submetida à alíquota zero.

Com contra-razões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO: A impetrante, submetida ao regime não-cumulativo do PIS/COFINS, efetua venda de produtos cujo pagamento fica postergado para pagamento em uma ou mais parcelas.

Nessas vendas a prazo são cobrados encargos financeiros (juros), não havendo interveniência de instituição financiadora.

Pretende ela que as receitas provenientes desses encargos financeiros sejam tributadas à alíquota zero, conforme previsão infralegal.

O art. 27 da Lei n. 10.865/04 concedeu ao Poder Executivo a faculdade de reduzir a alíquota do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras, bem como a de conceder créditos dedutíveis sobre despesas de mesma natureza, assim dispondo:

Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3º das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior.

[...]

§ 2º O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 8º desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

Assim, os créditos dedutíveis dos débitos de PIS/COFINS, decorrentes de despesas financeiras, somente existirão se houver autorização do Executivo, enquanto a incidência dessas contribuições sobre as receitas financeiras permanece inalterada até que diminuída ou retirada pela regulamentação. Atualmente, a matéria está disciplinada no Decreto n. 5.442/05:

Art. 1º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de *hedge*, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não-cumulativa das referidas contribuições.

Parágrafo único. O disposto no *caput*.

I - não se aplica aos juros sobre o capital próprio;

II — aplica-se às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

A questão a ser definida é se os juros cobrados nas vendas a prazo integram o preço da mercadoria, sujeitas, então, à tributação pelas alíquotas ordinárias do PIS/COFINS não-cumulativo, ou se são receitas financeiras, alcançadas, por isso, pela alíquota zero.

Do ponto de vista da tributação sobre o faturamento, a compra e venda a prazo com a inclusão de encargos financeiros pelo diferimento do pagamento, cujo financiamento é arcado pelo próprio vendedor, não importa o surgimento de dois negócios jurídicos, um de compra e venda e outro de financiamento do preço a prazo. Isso porque o acréscimo no valor, decorrente da postergação do pagamento concedido pelo vendedor e por ele suportado até o adimplemento, representa a contraprestação do adquirente — o preço do bem

adquirido a prazo. Embora menos evidentes que a demora no recebimento nas vendas a prazo — a qual configura estratégia empresarial destinada a angariar clientes —, o vendedor pode suportar outros encargos passíveis de ser qualificados de financeiros, cuja composição no preço do bem também poderia ser contabilmente destacada e retirada da incidência do tributo por serem “receitas financeiras”.

Não sendo receita financeira, a tributação do acréscimo no preço da mercadoria vendida a prazo não resta desfalcada pela ausência de crédito dedutível sobre despesa financeira, pois despesa financeira correlata não há; são as condições do negócio que determinam um retardamento no recebimento, não sendo equivalentes receber posteriormente e ter despesa financeira. Também não há despesa financeira porque, como afirma a apelante, não há intervenção de instituição financiadora.

Esta Corte já se pronunciou no mesmo sentido, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. VENDAS A PRAZO. ACRÉSCIMOS FINANCEIROS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Aplica-se à hipótese de incidência das contribuições ao PIS e à COFINS o regime de competência, pelo que, interessa para fins de apuração da base de cálculo as receitas decorrentes das operações financeiras efetuadas no período, sendo irrelevante seu adimplemento ou se realizadas à vista ou a prazo. 2. Outrossim, a legislação regente não distingue a venda à vista ou a prazo, nem inclui dentre as hipóteses de exclusão os acréscimos financeiros, tais como juros e correção monetária, decorrentes da venda a prazo. Realizado o negócio entre as partes, extrai-se a respectiva receita do valor efetivamente cobrado com a venda da mercadoria ou serviços, independentemente se o montante cobrado tenha sido majorado em razão de eventual parcelamento ou prazo con-

cedido para pagamento. 3. Apelação desprovida.

(TRF4, AC n. 2001.70.11.003859-4, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, DJ de 02 de agosto de 2006)

Desse modo, correta a sentença ao negar a redução de alíquota do PIS/COFINS, pois não configurada a existência de receita financeira na venda a prazo.

Prejudicada análise do pedido de compensação, em face da ausência de reconhecimento de créditos em favor da apelante.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao apelo.

Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Relatora

## **ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO PARA EMPRESAS EXPORTADORAS. VEICULAÇÃO POR DECRETO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA.<sup>2</sup>**

Recurso em Mandado de Segurança n. 27.476/MS  
(2008.0172004-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: ACEBRA Associação das empresas Cerealistas do Brasil

Advogado: Carla de Lourdes Gonçalves e Outro(s)

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Fernando Cesar C. Zanele e outro (s)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DECRETO ESTADUAL N. 11.80305. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**

---

2. Ementa veiculada no DJe de 18 de novembro de 2008, p. 1.

AO PROCEDIMENTO DE ISENÇÃO DO ICMS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LC N. 87/96. LEGALIDADE RECONHECIDA.

I - “O Decreto n. 11.8034)5, emitido pelo Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu uma série de obrigações tributárias acessórias, com o objetivo de tornar eficaz o procedimento de fiscalização da efetiva exportação ou não exportação das mercadorias destinadas ao exterior, com o objetivo de assegurar que a imunidade tributária constitucional seja aplicada com absoluta segurança e legalidade.

Não se identifica a apontada ilegalidade nesse ato legislativo. Ao contrário, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência do Estado para instituir o ICMS (art. 155, II), sendo consequência legal de direito que esse mesmo Estado seja responsável pela emissão de regras legais que se aplicam ao tributo, nos termos do prescrito no art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Não se caracteriza a apontada violação do art. 3º da LC n. 87/96, que isenta do ICMS as operações e procedimentos de transporte afetos a mercadorias destinadas à exportação, isso porque o Decreto instituído pelo Estado do Mato Grosso do Sul não afasta ou impede a aplicação de tal isençãooimunidade, mas cria mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que objetivam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de forma a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações de compraVenda realizadas apenas no âmbito interno.” (RMS n. 21789/MS, Rei. Min. José Delgado, DJ de 26 de outubro de 2006).

II - Recurso ordinário improvido.

**ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2008 (Data do Julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

Recurso em Mandado de Segurança n. 27.476/MS (2008.0172004-3)

**RELATÓRIO:** O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: A Associação das Empresas Cerealistas do Brasil interpõe recurso ordinário visando à reforma de acórdão proferido pela Primeira Seção Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que, por maioria, acolheu os embargos de declaração opostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra o acórdão de fls. 305616, para cassar a segurança anteriormente concedida, ao reconhecer, na sede dos embargos, que o Decreto Estadual n. 11.8034)5, ao instituir obrigações tributárias acessórias, teria violado o princípio da legalidade tributária.

Eis a ementa do referido acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. SUPRESSÃO. ICMS. MERCADORIAS DESTINADAS AO EXTERIOR. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96 COMPATÍVEL COM O DECRETO N. 11.80305. LEGALI-

DADE. EFEITOS INFRINGENTES. SEGURANÇA DENEGADA - EMBARGOS ACOLHIDOS.

São legais as exigências no Decreto n. 11.870305, já que operacionaliza os comandos inseridos na Lei Complementar n. 87/96, que dispõe sobre o Regime Especial.

A recorrente sustenta que o Tribunal *a quo* havia anteriormente concedido a segurança pleiteada para autorizar seus associados a exportar soja ou qualquer outro cereal para o exterior, sem se submeter a Termo de Acordo de Regime Especial imposto pelo Recorrido com fundamento no Decreto Estadual n. 11.83505.

Sustenta, outrossim, que a Corte local, sob o pretexto de sanar omissão e obscuridade no primeiro acórdão, acabou por julgar novamente toda a matéria de mérito vindo, inclusive, a concluir em sentido oposto àquilo que restou assentado no então acórdão embargado. No particular, releva que não implica omissão o fato de não ter sido feita menção ao Convênio n. 11396, porquanto prescindível ao julgamento da lide, motivo por que os declaratórios não estariam amparados pelo art. 535 do Código de Processo Civil.

Enfim, defende a ilegalidade do Decreto Estadual n. 11.80395, que teria restringido o direito à isenção de ICMS sobre a exportação de cereais, isenção esta concedida pela Lei Complementar n. 8796, em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade tributária.

Contra-razões às fls. 464483, pela manutenção do aresto recorrido.

Parecer do *Parquet* Federal pelo provimento do apelo.

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.476/MS (2008.0172004-3)



**VOTO: O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:** Ante a percuciência do acórdão proferido no RMS n. 21.789/MS, Rei. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 26 de outubro de 2006, p. 221, adoto-o como razão de decidir:

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de efeito suspensivo (fls. 13SH 64), apresentado por Cerinter Importadora Exportadora Ltda., em impugnação a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, segundo o qual o Decreto Estadual n. 11.80305, que impõe obrigações acessórias à fiscalização de procedimento de isenção do ICMS (operações com mercadorias destinadas ao exterior), não ofende os arts. 155, § 2º, X, da Constituição Federal e 3º da Lei Complementar n. 8796.

As razões articuladas na peça recursal não se evidenciam suficientes para desconstituir o acórdão recorrido, como se demonstra.

O Decreto n. 11.8032005, emitido pelo Estado do Mato Grosso do Sul, instituiu um série de obrigações tributárias acessórias, com o objetivo de tornar eficaz o procedimento de fiscalização da efetiva exportação ou não exportação das mercadorias destinadas ao exterior. Assim, buscou o Estado do Mato Grosso assegurar que a aplicação da imunidade tributária constitucional seja aplicada com absoluta segurança e legalidade.

Não se identifica a apontada ilegalidade nesse ato legislativo. Ao contrário, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência do Estado para instituir o ICMS (art. 155, II), sendo consequência legal de direito que esse mesmo Estado seja responsável pela emissão de regras legais que se aplicam ao tributo, nos termos do prescrito no art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, deste teor:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

[...]

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

De outro ângulo, não se caracteriza, também, a apontada violação do art. 3º da LC n. 87/96, que isenta do ICMS as operações e procedimentos de transporte afetos às mercadorias destinadas à exportação. Com efeito,

o Decreto instituído pelo Estado do Mato Grosso do Sul não afasta ou impede a aplicação de tal isenção/imunidade, mas cria mecanismos administrativos (obrigações tributárias acessórias) que objetivam atestar a efetiva concretização da operação de exportação, de forma a evitar que, eventualmente, seja aplicado o favor fiscal em referência a operações de compra/Venda realizadas apenas no âmbito interno.

Nesse sentido, a propósito, cabe registrar a bem lançada fundamentação inscrita no acórdão recorrido (fls. 130431):

“Superadas as preliminares levantadas, como se verifica do relatório, o presente mandado de segurança almeja assegurar ao impetrante o alegado direito de não recolher ICMS sobre mercadoria (soja) destinada à exportação, incluindo-se a prestação do serviço de transporte até o Porto de Paranaguá-PR.

Segundo a impetrante, o Decreto Estadual n. 11.80305, ao instituir regime especial para exportação de soja, ofende a Lei Complementar n. 87/96 e a Constituição Federal na medida em que prevê exigência ou retenção do ICMS e impõe diversas condições ao contribuinte, como a de exigir recolhimento antecipado do ICMS para exportar produtos primários e de o contribuinte firmar compromisso de destinar a operações tributadas quantidade equivalente àquela exportada ou remetida a fim específico de exportação.

A segurança, em meu entendimento, deve ser negada.

Conforme venho dizendo em casos semelhantes a este, penso que a impetrante não tem o direito que afirma ter, pois, o Estado, ao editar o referido Decreto que regula regime especial para as exportações de soja, não ofendeu a Lei Complementar n. 87/96 nem a Constituição Federal, uma vez que o decreto trata das denominadas obrigações acessórias, que, segundo o art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, decorrem da legislação tributária e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. No caso, o Decreto Estadual não institui tributos, mas, sim, obrigações acessórias, as quais, dentre outras instituídas, exigem dos interessados em exportar mercadorias para o exterior, a comunicação com antecedência da prática de tais operações e a comprovação documental da sua ocorrência.

A previsão de recolhimento de ICMS existente no Decreto dá-se na hipótese de inobservância de suas disposições. Com efeito, sem cumprir as obrigações acessórias, o Fisco não terá como reconhecer a prática de operações de exportação, e, por consequência, cobrará ICMS sobre as operações de saída da soja dos estabelecimentos produtores, que, sem prova da ocor-

rênda da exportação, serão forçosamente tidas como operações internas, tributáveis.

Vale dizer que a norma prevista no Decreto não impede a exportação sem a incidência do ICMS. Apenas exige para aqueles que querem exportar que cumpram estas obrigações acessórias estabelecidas em lei, e isto não é ilegal. O Fisco precisa de condições para fiscalizar. Se se concede segurança para a impetrante não sofrer incidência do ICMS, como ela pede, poderá mandar seu produto para qualquer parte do país sem ICMS; quando a imunidade tributária só é prevista para o caso de exportação.

De igual forma, a impetrante não tem razão no que diz respeito à incidência de ICMS sobre o serviço de transporte de mercadorias que afirma destinadas à exportação.

De fato, o art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87\*96 dispõe que não incide ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, de modo que está acobertado pela isenção tributária o transporte interestadual dessas mercadorias. Se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equívale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 8796 e da própria Constituição Federal.

Interpretação em sentido diverso implicaria em ofensa aos princípios da isonomia e do pacto federativo, na medida em que se privilegiariam empresas que se situam em cidades portuárias e trataria de forma desigual os diversos Estados que integram a Federação. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 613.785-RO, Min. Eliana Calmon, DJ de 12 de setembro de 2005).

Entretanto, como dito, não há prova no caso de cobrança indevida de ICMS, uma vez que o Decreto Estadual não prevê cobrança de tributo, mas, sim, exigências que se constituem em obrigações acessórias. E, mesmo nos casos em que o contribuinte não esteja obrigado em relação ao pagamento do tributo, subsiste a obrigação acessória; daí se impõe, a meu juízo, a negativa da segurança.

Em face de todo o exposto, peço vênua ao e. relator para votar no sentido de se denegar a segurança pleiteada”.

“A matéria discutida no presente mandado de segurança reside no fato de poder ou não incidir a cobrança de ICMS sobre as operações de exportação e transporte de soja.

Segundo defende a impetrante, o Decreto Estadual n. 11.80305, ao instituir um regime especial para exportação de soja, fere a Lei Complementar n. 8796, na medida em que referida lei confere isenção, ao determinar a não incidência

do imposto sobre operações e prestações que destinem produtos ao exterior. É certo que o art. 3º da LC n. 8796 prevê a isenção de ICMS sobre produtos destinados à exportação. Entretanto, o Regime Especial instituído pelo Decreto n. 11.8034)5, consiste na permissão para realização, bem como no controle fiscal e específico das operações a que se refere o art. 1º (exportações), com o objetivo de acompanhar a movimentação das respectivas mercadorias até a sua efetiva exportação e de verificar o cumprimento das correspondentes obrigações fiscais.

Tais imposições nada mais são que obrigações tributárias acessórias com o escopo de obrigar os interessados em exportar soja e milho a comunicar com antecedência a prática de tais operações e comprovar documentalmente a ocorrência delas. Cumprindo tais exigências legais, os produtores-exportadores farão jus ao não-recolhimento do ICMS sobre a operação de exportação. Sem o cumprimento dessas obrigações, o Fisco não tem como reconhecer a prática de operações de exportação.

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade feita pelo Decreto n. 11.80305. Desse modo, pedindo vênua ao ilustre Relator, voto pela denegação da segurança, acompanhando o 21º vogal.

Estas as razões, CONHEÇO do recurso ordinário, uma vez presentes os pressupostos necessários à sua admissibilidade e NEGO-LHE PROVIMENTO.

É o meu voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008.0172004-3

RMS n. 27476/MS

Números de Origem: 2007.0077710; 2007.02315803

Pauta: 11 de novembro de 2008

Julgado em: 11 de novembro de 2008

Relator: Sr. Ministro Francisco Falcão

Presidente da Sessão: Exma. Sra. Ministra Denise Arruda

Subprocurador-Geral da República; Exmo. Dr. Aurélio

Virgílio Veiga Rios

Secretária: Bela. Maria do Socorro Melo

### AUTUAÇÃO

Recorrente: ACEBRA Associação das Empresas Cerealistas do Brasil

Advogado: Carla Lourdes Gonçalves e outro(s)

Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

Procurador: Fernando Cesar C. Zanele e outro(s)

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ISENÇÃO.

SUSTENTAÇÃO ORAL: Dr. SÉRGIO MELLO ALMADA DE CILLO, pela parte RECORRENTE: ACEBRA ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS CEREALISTAS DO BRASIL e Dr. FERNANDO CESAR C ZANELE, pela parte RECORRIDA: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

CERTIDÃO: Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Aruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2008

Maria do Socorro Melo

Secretária

OPERAÇÃO DE INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA PELA EMBARGANTE. REPASSE DE AÇÕES DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. VALOR CONTÁBIL. NÃO-INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL.<sup>3</sup>

EDcl no Recurso Especial n. 1.027.799/CE (2008.0023760-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: J. Macedo S/A Comércio, Administração e Participações

Advogado: Alberto Santos Pinheiro Xavier e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Marcos Alexandre Tavares Marques Mendes e outro (s)

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA ENTRE OS PRECEDENTES QUE FUNDAMENTARAM O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL E O CASO CONCRETO. OPERAÇÃO DE INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA PELA EMBARGANTE. REPASSE DE AÇÕES DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. VALOR CONTÁBIL. NÃO-INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

---

3. Ementa veiculada no DJe de 18 de novembro de 2008, p. 1.

1. Constatada contradição na decisão embargada, que adotou precedentes diversos do caso concreto como fundamentação de sua conclusão, configura-se a situação de excepcionalidade que permite o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, especialmente quando intimada a parte contrária para apresentar impugnação

2. Objeto principal da lide que consiste em saber se a conferência, pela ora embargante, de ações de sua propriedade em empresa coligada ou controlada, sobre as quais foi constituída reserva de reavaliação, para integralizar capital social de uma terceira empresa configura alienação capaz de dar ensejo à incidência de IRPJ e CSLL, naquele exercício, sob o prisma da geração, por tal operação, de disponibilidade econômica e jurídica de lucro (interpretação dos arts. 263, § 2º, do RIR/80, equivalente ao 24 do Decreto-Lei n. 1.59877 e art. 43 do CTN).

3. Ocorrência de mera substituição de participação da embargante de forma direta na empresa cujas ações foram utilizadas para integralizar capital social de outra, por participação indireta, ainda permanecendo as ações em seu patrimônio, na mesma proporção da participação que detinha anteriormente, porquanto ficou registrado pelas instâncias *a quo* que a conferência dos bens (ações) para a integralização do capital em nova empresa se deu pelo mesmo valor contábil.

4. Operação não sujeita à incidência do IRPJ e CSLL por não ter gerado à embargante aumento na participação dos resultados da empresa na qual investiu e, portanto, acréscimo patrimonial.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para sanar a contradição apontada e, por

consequência, submeter a novo julgamento o recurso especial, do qual conheço parcialmente e, nessa parte, nego-lhe provimento.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para sanar a contradição apontada e, por consequência, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2008 (Data do Julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves  
Relator

EDcl no Recurso Especial n. 1.027.799/CE  
(20080023760-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: J. Macedo S/A Comércio, Administração e Participações

Advogado: Alberto Santos Pinheiro Xavier e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Marcos Alexandre Tavares Marques Mendes e outro(s)

RELATÓRIO: O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de embargos declaratórios



opostos por J. Macedo S.A. - Comércio, Administração e Participações contra acórdão da lavra do eminente Ministro José Delgado, que conheceu parcialmente do recurso especial da Fazenda Nacional e, nessa parte, deu-lhe provimento, para considerar devido o pagamento de IRPJ e CSLL sobre a operação de integralização, pela embargante, do aumento do capital social de outra empresa (J. Macedo Alimentos), mediante conferência de ações de uma terceira pessoa jurídica (Moinho Fortaleza) na qual tinha participação, pelo valor contábil.

Eis a ementa do acórdão recorrido (fls. 506515):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA.

1. Há incidência tributária sobre o negócio jurídico que resulta na incorporação de bens de sócios para aumentar o capital social da pessoa jurídica.
2. Aplicação do princípio da legalidade. Aumento de renda.
3. Precedentes: REsp n. 41.314RS; REsp n. 260.4994<S; REsp n. 142.8536C.
4. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

No bojo dos declaratórios (fls. 517525), sustenta a embargante que o aresto embargado, após transcrever as razões do recurso especial da Fazenda Nacional (fls. 413423), foi fundamentado exclusivamente no argumento geral de que o “acórdão recorrido não espelha os comandos do ordenamento jurídico tributário sobre o tema, conforme revela a jurisprudência assentada a seu respeito”.

Acrescenta que a divergência entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ (único fundamento da decisão que deu provimento ao recurso fazendário) não foi configurada, uma vez que os precedentes utilizados para justificar a conclusão do aresto ora embargado não se referem a casos idênticos ao ora

analisado, porquanto tratam de operações de subscrição de capital em bens por pessoas físicas pelo valor de mercado, ao passo que o presente caso encerra discussão a respeito de operações de subscrição de capital em bens (ações) por pessoas jurídicas pelo valor contábil.

Daí a afirmação de contradição entre a conclusão da decisão agravada (de que o acórdão recorrido não observou os dispositivos legais sobre o tema) e a premissa que a fundamentou (de que a jurisprudência já havia apreciado a questão e se pacificado em orientação diversa do acórdão recorrido).

Por fim, aponta ocorrência de omissão a respeito da aplicação da questão em face do conceito constitucional de “renda”, explicitado pelo art. 43, do CTN.

Por força do caráter modificativo dos declaratórios, foi determinada abertura de vista à embargada (fls. 557).

Em impugnação (fls. 559/662), a Fazenda Nacional alega a inexistência dos vícios apontados e requer a rejeição dos embargos.

É o relatório.

EDcl no RECURSO ESPECIAL N. 1.027.799/CE (20080023760-9)

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA ENTRE OS PRECEDENTES QUE FUNDAMENTARAM O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL E O CASO CONCRETO. OPERAÇÃO DE INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO

DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA PELA EMBARGANTE. REPASSE DE AÇÕES DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. VALOR CONTÁBIL. NÃO-INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Constatada contradição na decisão embargada, que adotou precedentes diversos do caso concreto como fundamentação de sua conclusão, configura-se a situação de excepcionalidade que permite o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, especialmente quando intimada a parte contrária para apresentar impugnação

2. Objeto principal da lide que consiste em saber se a conferência, pela ora embargante, de ações de sua propriedade em empresa coligada ou controlada, sobre as quais foi constituída reserva de reavaliação, para integralizar capital social de uma terceira empresa configura alienação capaz de dar ensejo à incidência de IRPJ e CSLL, naquele exercício, sob o prisma da geração, por tal operação, de disponibilidade econômica e jurídica de lucro (interpretação dos artigos 263, § 2º, do RIR80, equivalente ao 24 do Decreto-Lei 1.59877 e art. 43 do CTN).

3. Ocorrência de mera substituição de participação da embargante de forma direta na empresa cujas ações foram utilizadas para integralizar capital social de outra, por participação indireta, ainda permanecendo as ações em seu patrimônio, na mesma proporção da participação que detinha anteriormente, porquanto ficou registrado pelas instâncias *d quo* que a conferência dos bens (ações) para a integralização do capital em nova empresa se deu pelo mesmo valor contábil.

4. Operação não sujeita à incidência do IRPJ e CSLL por não ter gerado à embargante aumento na participação dos resultados da empresa na qual investiu e, portanto, acréscimo patrimonial.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para sanar a contradição apontada e, por consequência, submeter a novo julgamento o recurso especial, do qual conheço parcialmente e, nessa parte, nego-lhe provimento.

VOTO: O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A embargante busca a integração do julgamento porquanto o acórdão embargado teria sido (i) contraditório ao afirmar que “o acórdão recorrido não espelha os comandos do ordenamento jurídico tributário sobre o tema, conforme revela a jurisprudência assentada a seu respeito”, e, ao mesmo tempo, apontar precedentes que tratam de hipóteses diversas da discutida nos autos; e (ii) omissos por não tratar diretamente da questão que envolve o conceito constitucional de renda, explicitado pelo art. 43 do CTN e a possibilidade de aplicação do disposto no art. 24 do Decreto-Lei n. 1.59877 ao caso concreto (integralização de capital por meio de transferência de participação societária pelo valor contábil), já que tal operação não implicaria a efetiva aquisição ou disponibilidade jurídica ou econômica de renda para a embargante.

No caso em foco, assiste razão à embargante, porquanto evidenciada a ocorrência da contradição apontada, motivo pelo qual conheço parcialmente dos declaratórios.

Com efeito, a leitura do aresto embargado denota que sua fundamentação resumiu-se à transcrição de parte das razões

do apelo especial da Fazenda Nacional e à conclusão de que: “O acórdão recorrido não espelha os comandos do ordenamento jurídico tributário sobre o tema, conforme revela a jurisprudência assentada a seu respeito” (fls. 515).

Ocorre que os precedentes constantes das razões do especial: REsp n. 41.314RS, REsp n. 260.499/RS e REsp n. 142.85360 (únicos utilizados pelo eminente relator para fundamentar sua conclusão) cuidam de tema absolutamente diverso do ora discutido.

De fato, a matéria examinada nos precedentes consistia na averiguação da incidência do IRPF em operações realizadas por pessoas físicas que transferiram imóveis de sua propriedade para empresas das quais se tornaram sócios, com o fim de subscrever ou integralizar cotas no capital social.

Nesses casos, o STJ entendeu pela incidência do IRPF em razão da diferença entre os valores dos imóveis informados nas respectivas declarações de renda e os valores pelos quais os imóveis foram integralizados nas sociedades para a aquisição de ações (valor de mercado), constatando que estes eram superiores àqueles, motivo pelo qual se entendeu pela efetiva ocorrência de ganho patrimonial e, portanto, pela incidência do tributo.

Frise-se que, para decidir os casos mencionados como precedentes pelo eminente Ministro relator do acórdão ora embargado, o STJ apreciou dispositivos legais relacionados à regulamentação do Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas, quais sejam: art. 41, § 3º, *b*, do Regulamento do Imposto de Renda<sup>60</sup> e art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.641/78.

Assim, o fundamento essencial dos precedentes que sustentaram a tributação das operações de conferência, por pes-

soa física, de bens no valor de mercado ao capital de pessoa jurídica é de que, naqueles casos, o sócio que transferiu bem de seu patrimônio particular para a empresa passou a gozar de resultados líquidos (lucros) desse investimento, na proporção de sua participação no capital social decorrente da conferência do bem imóvel ao capital da empresa.

Na espécie, não se pode aplicar o mesmo raciocínio.

Isso porque o que se discute é se há incidência de IRPJ e CSLL sobre operação realizada pela embargante (pessoa jurídica) de conferência de bens que foram objeto de reavaliação e sobre os quais se constituiu a respectiva reserva (ações de empresa coligada controlada — Moinho Fortaleza) para integralização/inscrição de aumento de capital de outra empresa (J Macedo Alimentos), no mesmo valor contábil.

Para tanto, foi necessária a investigação, nas instâncias *a quo*, acerca da existência ou não da disponibilidade jurídica ou econômica de renda para a embargante em decorrência de tal operação, levando-se em consideração a interpretação do art. 263, § 2º, do RIR80 à luz do art. 43 do CTN.

Exposto o cerne da questão discutida nos autos em um novo exame a seu respeito, verifica-se que não há semelhança alguma entre a presente situação e aquela descrita nos precedentes colacionados para fundamentar o aresto embargado.

Assim, impende o reconhecimento da contradição apontada no bojo dos declaratórios, tendo em vista que os precedentes que fundamentaram a afirmação de que “O acórdão recorrido não espelha os comandos do ordenamento jurídico tributário sobre o tema”, ao meu sentir, tratam de tema diverso da peculiar situação discutida nos autos.

Uma vez reconhecida a contradição apontada, especialmente levando-se em consideração a intimação da parte contrária para apresentação de impugnação, necessário o acolhimento dos declaratórios, com efeitos modificativos, para (i) não conhecer do recurso especial com fundamento na alínea c, por força da não-configuração do dissídio jurisprudencial em decorrência da ausência de similitude fática entre o aresto impugnado e os paradigmas, e (ii) alterar a conclusão do acórdão embargado no sentido de que o acórdão recorrido estaria em desconformidade com os comandos do ordenamento jurídico sobre o tema assentado pela jurisprudência, reconhecendo que a jurisprudência utilizada na sua fundamentação não revela entendimento desta Corte sobre a questão.

Por oportuno, frise-se que, não obstante o efeito integrativo dos embargos de declaração, o STJ vem admitindo, em hipóteses excepcionais como a presente, a conferência de efeitos modificativos aos declaratórios, por força do reconhecimento da contradição interna. Nesse sentido, confira-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

— É permitido ao julgador, em caráter excepcional, atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, para correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o julgado embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento.

- Se ao analisar alegação de possível omissão, contradição ou obscuridade no acórdão que havia reformado a sentença, observar o Tribunal de origem a existência de erro de fato, identificando-o e sanando-o em sede de embargos declaratórios, para extirpar as premissas equivocadas em que se fundara e, por conseguinte, restabelecer a sentença, nada há para reformar no julgado.

- Na via especial é vedado o reexame dos elementos fáticos e probatórios detidamente esquadrihados no acórdão recorrido, cuja solução resultou de motivada convicção do Órgão Julgador.

Recurso especial não conhecido (REsp 883.1 IS^RN, Rei. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04 de setembro de 2008, DJe de 16 de setembro de 2008).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO PARA DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. EFICÁCIA MODIFICATIVA.

1. A existência de contradição nos embargos declaratórios compromete o rigor lógico-formal da decisão e pode implicar, conforme o caso, a incidência do efeito infringente.

2. Reconhecimento de contradição notória quando se declara não ser possível identificar os pontos atacados no especial (Súmula n. 2846TF), mas a eles se refere no acórdão como presentes nas razões.

3. "...Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos de declaração com efeito infringente, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre o qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento..."\* (EDcl no REsp n. 624.499/RS, Rei. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 01 de fevereiro de 2006). Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos modificativos (EDcl no Ag 797.2956P, Rei. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04 de dezembro de 2007, DJ de 14 de dezembro de 2007, p. 386).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Os embargos de declaração, em regra, devem acarretar tão-somente um esclarecimento acerca do acórdão embargado. Noutro trajeto, caracterizado o vício (v.g., omissão, obscuridade etc.), podem, excepcionalmente, ensejar efeito modificativo.

II - Não se encontra dentre as finalidades institucionais da associação embargada a defesa dos interesses dos segurados da previdência social, não possuindo, em consequência, legitimidade *ad causam* para figurar na presente ação civil pública.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos (EDcl nos EDcl no REsp n. 702.6076C, Rei. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10 de abril de 2007, DJ de 21 de maio de 2007, p. 606).



RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO. CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes no *decisum*.

2. Decidida a questão da alegada violação do art. 333, I, do Código de Processo Civil, acerca da questão da prova da incapacidade do autor, não há falar em omissão a ser suprida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

3. A infringência do julgado, em sede de embargos declaratórios, é uma conseqüência natural do suprimento da omissão, contradição ou obscuridade, isto porque o exame da matéria omissa, obscura ou contraditória poderá levar o julgador a entendimento diverso daquele anteriormente adotado.

4. Em havendo o acórdão recorrido, para além de dar provimento ao recurso do autor, mesmo considerando ausentes os pressupostos à concessão do auxílio-invalidez, decidido que o militar faz jus à reforma com proventos da graduação imediatamente superior, 3º Sargento, a despeito de consignar que “[...] a própria moléstia de que alega o autor ser portador necessita de comprovação pericial, para delimitar o alcance de seus efeitos”, é de se dar provimento ao recurso especial para anular o acórdão que apreciou os embargos declaratórios, a fim de que o Tribunal *a quo* dirima a questão que restou contraditória, mesmo após a oposição de embargos declaratórios.

5. Recurso especial provido (REsp n. 667.645-RJ, Rei. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 07 de outubro de 2004, DJ de 17 de dezembro de 2004, p. 634).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERPOSIÇÃO POR AMBAS AS PARTES. CONTRADIÇÃO INTERNA VERIFICADA. OMISSÕES INEXISTENTES APONTADAS PELO 2. EMBARGANTE. APLICAÇÃO DA MULTA POR PROTELAÇÃO. PRIMEIROS EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS E SEGUNDOS EMBARGOS DESACOLHIDOS.

I - EXISTENTE CONTRADIÇÃO INTERNA NO ACORDÃO, POSSÍVEL ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SANAR O VÍCIO.

II - INOCORRENTES AS APONTADAS OMISSÕES, TENDO EM VISTA QUE O ACORDÃO EMBARGADO TRATOU DE TODAS AS QUESTÕES, E EXSURGINDO O CARATER PROTETATÓRIO DOS EMBARGOS EM RAZÃO DA INTENÇÃO DO SEGUNDO EMBARGANTE DE REJULGAR O FEITO, APLICA-SE A MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA (EDcl no REsp 77.006MG, Rei. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25 de novembro de 1996, DJ de 03 de fevereiro de 1997, p. 732).

Como mencionado, o acolhimento da contradição apontada, decorrente da ausência de identidade fática entre os precedentes citados para fundamentar o acórdão embargado e o caso em questão, implica a necessidade de novo exame do recurso especial, com relação aos dispositivos apontados como violados, que fundamentaram a interposição do apelo especial com fulcro na alínea *a*.

Assim, na forma acima exposta, passo ao rejulgamento do mérito do recurso especial.

Com efeito, alega a Fazenda Nacional, no bojo do recurso especial, que o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* ao negar provimento à sua apelação, incorreu em ofensa aos arts. 458, inciso II e 535, incisos I e II, do CPC; bem como em violação aos arts. 43 do CTN; 263 do RIR/80 (art. 24 do Decreto-Lei n. 1.59877) e art. 6º do Decreto-Lei n. 1.59877.

Para fundamentar suas argumentações, aduz que:

[...] o valor da reserva constituída em face da reavaliação de bens do ativo da coligada ou controlada, na vigência do dispositivo, deve ser computada na determinação do lucro real do período-base em que o contribuinte aliena ou liquida o investimento, ou em que utiliza a reserva de reavaliação para aumento de seu capital social.

No que tange à alegação de ofensa aos arts. 458, II, e 535, I e II, do CPC, nego provimento ao recurso especial, porquanto o acórdão recorrido está devidamente fundamentado.

A jurisprudência deste Tribunal é uníssona no sentido de que o magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pela parte, desde que a decisão possua fundamentos suficientes para dirimir a controvérsia. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes da Primeira Turma: REsp n. 698.20&RJ, Rei. Ministro Teori Albino Zavascki, DJE de 08 de setembro de 2008; AgRg no REsp n. 753.635ER, Rei. Ministro Luiz Fux, DJe de 02 de outubro de 2008; REsp n. 1.051.845TE, Rei. Ministro Francisco Falcão, DJe 18 de junho de 2008 e REsp n. 918.935418, Rei. Ministra Denise Arruda, DJ de 10 de dezembro de 2007.

Relativamente ao mérito, nos termos já relatados, o objeto principal da lide consiste em saber se a conferência, pela ora embargante, de ações de sua propriedade em empresa coligada ou controlada (Moinho Fortaleza), sobre as quais foi constituída reserva de reavaliação, para integralizar capital social de outra empresa (J. Macedo Alimentos) configura alienação capaz de dar ensejo à incidência de IRPJ e CSLL, naquele exercício, sob o prisma da geração, por tal operação, de disponibilidade econômica e jurídica de lucro em favor da embargante (interpretação dos arts. 263, § 2º, do RIR80, equivalente ao 24 do Decreto-Lei n. 1.59&77, e art. 43 do CTN, cuja violação foi alegada).

De fato, *in casu*, a embargante (J. Macêdo SA - Comércio, Administração e Participações), para integralizar o aumento do capital social da empresa J. Macêdo Alimentos, transferiu-lhe cotas de participação que possuía na empresa Moinho Fortaleza S.A.

Entretanto, as cotas em questão foram objeto de reavaliação, motivo pelo qual, por ocasião de sua transferência, a Fazenda, ora embargada, entendeu pela tributação da operação.

De fato, preceitua o art. 263, § 2º, do RIR80 que:

§ 2º - O valor da reserva constituída nos termos do § 1º deverá ser computado na determinação do lucro real do período-base em que o contribuinte alienar ou liquidar o investimento, ou em que utilizar a reserva de reavaliação para aumento do seu capital social.

Por outro lado, o art. 43 do Código Tributário Nacional, ao definir o fato gerador do imposto de renda, dispõe que:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II — de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior

Interpretando-se o dispositivo do Regulamento do Imposto de Renda, em vigor à época dos fatos e em consonância com o que determina o Código Tributário Nacional a respeito do fato gerador do tributo em questão, constata-se que a alienação, ou liquidação, do investimento, objeto da reserva de reavaliação, apenas poderá ser computada na apuração do lucro real (e, portanto, constituir a base de cálculo para o IRPJ e CSLL) quando o contribuinte efetivamente obtiver, com tal operação, a disponibilidade jurídica ou econômica de eventual acréscimo patrimonial que daí advier.

No presente caso, conforme ficou registrado na sentença e no acórdão recorrido, o exame detalhado da operação em

foco denota que a conferência das ações de titularidade da embargante na empresa Moinho Fortaleza para integralização de capital na empresa J. Macêdo Alimentos não consistiu em efetivo acréscimo patrimonial a ensejar a incidência do imposto de renda.

Em verdade, o que ocorreu foi a mera substituição de participação da embargante de forma direta na empresa Moinho Fortaleza por participação indireta (por intermédio da empresa J. Macêdo Alimentos), ainda permanecendo as ações em seu patrimônio, na mesma proporção da participação que detinha anteriormente, porquanto ficou registrado pelas instâncias *a quo* que a conferência dos bens (ações) para a integralização do capital em nova empresa se deu pelo mesmo valor contábil.

Nesse sentido, assentou-se a sentença (fls. 222/224), no que foi integralmente corroborada pelo acórdão da lavra do Tribunal *a quo* (fls. 393697).

Na hipótese dos autos, a conferência de ações da MOINHO FORTALEZA S.A. ao capital da empresa J. MACEDO ALIMENTOS S.A. possibilitou apenas a substituição no patrimônio da empresa impetrante de uma participação direta em MOINHO FORTALEZA S.A. por uma indireta, de igual valor, em J. MACEDO ALIMENTOS S.A.

Somente haverá a pretendida incidência quando a impetrante alienar ou liquidar com realização dos lucros o investimento que passou a deter em J MACEDO Participações S.A., o que não se deu até a presente data.

Assim, a transferência, por pessoa jurídica, de bens (ações) para fins de integralizará subscrever aumento de capital social de uma terceira empresa, perpetrada no caso concreto, não importou em disponibilidade imediata de ganhos à embargante,

mas puramente na substituição, no âmbito de seu patrimônio, de uma participação direta na empresa por uma participação indireta, em igual valor (proporção), tendo em vista que a integralização foi feita com base no valor contábil dos bens (ações) utilizados para tanto.

Conforme acima mencionado, os precedentes colacionados no acórdão embargado, para concluir pela tributação da incorporação de bens imóveis de pessoas físicas (em valor de mercado) para subscrever capital social de empresa, fundamentaram-se no ganho gerado a elas com tal operação, já que passaram a participar dos resultados da empresa de forma proporcional às cotas que obtiveram com o investimento.

Ora, no presente caso, a embargante contabilizou a nova participação na empresa J. Macedo Alimentos adquirida por meio da conferência das cotas da Moinho Fortaleza pelo mesmo valor contábil, tendo ocorrido apenas a substituição de sua participação direta nesta empresa por uma participação indireta, na mesma proporção.

Nesse contexto, em uma interpretação *a contratio sensu* dos precedentes em questão, e examinando a matéria posta nos autos à luz do conceito do fato gerador do imposto de renda, chega-se à inevitável conclusão de que a operação em debate não está sujeita a tributação por não ter gerado à embargante aumento na participação dos resultados da empresa em que investiu e, portanto, acréscimo patrimonial, motivo pelo qual, considero ser correta a interpretação dada ao caso pelo Tribunal *a quo*.

Por todo o exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para sanar a contradição apontada e, por consequência, submeter a novo julgamento o recurso

especial, ao qual conheço parcialmente e, nessa parte, negolhe provimento.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO - PRIMEIRA TURMA**

Número Registro:2008.0023760-9

EDcl no REsp n. 1.027.799/CE

Números Origem: 200281000051723 93220

Em mesa

Julgado em 11 de novembro de 2008

Relator: Exmo. Sr. Ministro Benedito Gonçalves

Presidente da sessão: Exma. Sra. Ministra Denise Arruda

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios

Secretária: Bela. Maria do Socorro Melo

**AUTUAÇÃO**

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcos Alexandre Tavares Marques Mendes e outro (s)

Cláudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: J. Macedo S/A Comércio, Administração e Participações

Advogado: Andréa Chieragatto e outro(s)

Assunto: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL  
SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

EMBARGOS DA DECLARAÇÃO

Embargante: J. Macedo S/A Comércio, Administração e  
Participações

Advogado: Alberto Santos Pinheiro Xavier e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcos Alexandre Tavares Marques e  
outro (s)

Cláudio Xavier Seefelder Filho

CERTIDÃO: Certifico que a egrégia PRIMEIRA TUR-  
MA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada  
nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, acolheu parcialmente os em-  
bargos de declaração, com efeitos modificativos, para sanar a  
contradição apontada e, por conseqüência, conhecer parcial-  
mente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos  
termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Al-  
bino Zavaski e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro  
Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2008

Maria do Socorro Melo  
Secretária



**PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO LUCRO. ISENÇÃO PREVISTA NO ART. 10 DA LEI N. 9.249/95. INAPLICABILIDADE.<sup>4</sup>**

Recurso Especial n. 884.999/BA (2006.0196926-7)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Everton Lopes Nunes e outro(s)

Recorrido: Elekeiroz S/A

Advogado: Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini e outro

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. IMPOSTO DE RENDA. INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO INSTITUÍDA PELO ART. 10 DA LEI N. 9.249/95.

1. Se o tribunal local não declara o acórdão, nos casos em que tal declaração não tem lugar, descabe o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Incide, na espécie, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, pois “inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

2. Não se aplica o disposto no art. 10 da Lei n. 9.249/95 (não incidência do imposto de renda sobre os lucros distribuídos) à participação atribuída a administrador com base no lucro apurado pela Pessoa jurídica, por caracterizar participação nos resultados, tributável nos termos do parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei n. 1.81480.

---

4. Ementa veiculada no DJe de 26 de novembro de 2008.

3. Ausência de *bis in idem*.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.  
Brasília (DF), 16 de setembro de 2008.

Ministro Mauro Campbell Marques  
Relator

Recurso Especial n. 884.999/BA (2006.0196926-7)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Everton  
Lopes Nunes e outro (s)

Recorrido: Elekeiroz S/A

Advogado: Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini e outro

RELATÓRIO: O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988, contra acórdão em apelação em mandado de segurança proferido pelo Tribunal

Regional Federal da 1ª Região que, mantendo a decisão do juízo *a quo*, entendeu pelo afastamento da incidência do imposto de renda sobre verbas pagas aos administradores da empresa recorrida a título de participação nos lucros (fls. 175 e ss.).

No recurso especial, a Fazenda Nacional alegou ofensa aos arts. 458, II, 535, II do CPC; art. 10 da Lei n. 9.249/95; arts. 43, 97, VI, 111, II, 176 do CTN, além de pontuar dissídio jurisprudencial elegendo como paradigma julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 227 e ss.).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 260 e seguintes, pugnando pelo não cabimento do recurso interposto e pela manutenção do acórdão recorrido.

Admitido o recurso na origem, os autos subiram a esta Corte (fls. 280).

É o relatório. Passo a decidir.

RECURSO ESPECIAL N. 884.999/BA (20060196926-7)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. IMPOSTO DE RENDA. INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO INSTITUÍDA PELO ART. 10 DA LEI N. 9.249/95.

1. Se o tribunal local não declara o acórdão, nos casos em que tal declaração não tem lugar, descabe o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Incide, na espécie, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, pois “inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

2. Não se aplica o disposto no art. 10 da Lei n. 9.249/95 (não incidência do imposto de renda sobre os lucros distri-

buídos) à participação atribuída a administrador com base no lucro apurado pela Pessoa jurídica, por caracterizar participação nos resultados, tributável nos termos do parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei n. 1.814/80.

3. Ausência de *bis in idem*.

4. Recurso especial parcialmente provido.

VOTO: O Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): De início, afasto a ofensa aos arts. 458, II, 535, II do CPC.

É que o Tribunal *a quo* examinou a questão colocada, tendo decidido desfavoravelmente ao recorrente. Isto é, conquanto tenha rejeitado os embargos de declaração, manifestou-se expressamente sobre as questões suscitadas pela recorrente, demonstrando a ausência de obscuridade, contradição ou omissão. Se o tribunal local não declara o acórdão, nos casos em que tal declaração não tem lugar, descabe o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Incide, na espécie, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, pois “inadmissível recurso especial quanto a questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Por conseqüência, não é possível conhecer do recurso pela violação aos arts 43; 97, VI; 111, II; e 176 do CTN, já que não declarados.

Contudo, conheço do recurso pela alegada violação ao art. 10 da Lei n. 9.249/5, posto que explicitamente debatido.

Também o conheço pelo dissídio jurisprudencial, já que suprida está a sua demonstração nos moldes exigidos pelo art. 255 e parágrafos do RPSTJ, ou seja, houve a transcrição dos trechos caracterizadores da divergência, a menção das circuns-

tâncias que identificam e assemelham os casos confrontados e foi juntada, na íntegra, a cópia do acórdão que serve como paradigma.

Com efeito, o julgado atacado, analisando a abrangência do art. 10 da Lei n. 9.249/95 que estipula isenção para o imposto de renda, traz a seguinte afirmação: “Finalmente, os valores pagos a administrador de pessoa jurídica a título de participação nos lucros desta não estão sujeitos à incidência de Imposto de Renda na Fonte, nem integram a base de cálculo do devido pelo beneficiário” (fl. 186).

Já o julgado paradigma assim versa (fl. 254, grifei):

“Em outras palavras, ainda quando sob a rubrica de distribuição de lucros, o administrador não tem o seu quinhão fixado em decorrência do número ou da qualidade das suas acções, mas vinculado ao seu cargo na empresa, atrativo adicional da sua remuneração, verdadeiro pro labore, inconfundível com a mera repartição de lucros e dividendos destinados aos acionistas em geral e objeto da regência da Lei n. 9.249/95.

Assim sendo, àqueles que exercem cargo de administrador em empresa e, portanto, pelos serviços prestados recebem retribuição salarial, caracterizando disponibilidade econômica a importar na configuração do fato gerador do IR, não podem ter o mesmo tratamento dado, por força legal (art. 10, da Lei 9.249/95) aos acionistas cujo lucro ou dividendo seja fruto da aplicação do capital (Apel.Cível n. 1999.51.01.010911-5, TRF2, Primeira Turma, Rei. Des. Fed. Ney Fonseca, julgado em 17 de fevereiro de 2003).

Superadas as preliminares, passo ao mérito.

No caso, põe-se em discussão a abrangência da isenção (não-incidência) de imposto de renda instituída pelo art. 10 da Lei n. 9.249/95, assim redigido (grifei):

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitra-

do, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Os grifos nas expressões “aumento de capital por incorporação de lucros”, “reservas constituídas” e “sócio ou acionista” não são gratuitos e serão mais adiante explicados.

Atesto que o ponto nodal da questão está no significado dado à expressão “*lucros ou dividendos pagos ou creditados*”, no citado artigo de lei, ora ampliativo, como quer a empresa recorrida, ora restritivo, como quer a Fazenda Nacional.

Para a empresa recorrida, sob o signo “*lucros*” está também amparada a participação no lucro da companhia atribuída aos administradores na forma do art. 152, § 1º da Lei n. 6.40476 - LSA, veja-se:

#### Remuneração

Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. (Redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997)

§ 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (artigo 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do

exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o art. 202.

Para a Fazenda Nacional, a palavra “*lucros*” não pode ser lida isoladamente do seu complemento “*dividendos*”, que lhe dá a referibilidade àqueles que recebem dividendos da companhia, ou seja, os sócios ou acionistas. Desse modo, juntas as palavras comporiam uma só expressão “*lucros ou dividendos*”, o que excluiria do seu bojo a “*participação no lucro da companhia*” de que trata o art. 152, § 1º da LSA, já que o administrador não recebe dividendos.

Em sendo como deseja a Fazenda Nacional, a norma isentiva prevista no art. 10 da Lei n. 9.249/95 melhor se amoldaria à hipótese prevista no art. 109,1 da LSA, *in verbis*

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I — participar dos lucros sociais;

L.]

Veja-se que o artigo é complementado pelas normas previstas nos arts. 201 a 205 da LSA, que tratam do pagamento de dividendos aos acionistas e do pagamento do dividendo obrigatório a que também se refere o citado art. 152, § 1º da LSA.

São estas as razões pelas quais os significados da palavra lucro merecem ser mais bem analisados.

Efetivamente, como consabido, em matéria de imposto de renda é permanente a tensão semântica existente entre termos utilizados nas áreas de Direito Comercial (notadamente o societário), Ciências Contábeis e Direito Tributário.

Desse modo, qualquer interpretação que se faça da legislação tributária deve levar em consideração os significados atribuídos aos signos utilizados em suas respectivas áreas, buscando uma possível harmonia semântica e sistemática do ordenamento jurídico, sem descuidar da especificidade de seus efeitos tributários, a teor do art. 109 do CTN.

Com efeito, a palavra “*lucro*” é utilizada em várias acepções pela LSA, exemplifico:

- a) como resultado positivo líquido do exercício: lucro líquido do exercício ou lucro (arts. 17, § 1º, I, § 5º, § 6º; art. 30, § 1º, *b*, art. 44, art. 45, § 5º; 46, §§ 1º e 2º; art. 56; art. 107, § 4º; 109, I; art. 117, § 1º, *a*; 132, II; 134, § 4º; 152, § 1º, primeira parte; art. 169 e § 1º; 176, § 3º; art. 182, § 4º, segunda parte; art. 186, II; art. 187, VII; art. 191, 192, 193, 194, II, 195, 195-A; art. 198; art. 201, primeira parte; art. 202, I e II, primeira parte, § 1º, § 2º, § 3º; art. 204; art. 247, III; e art. 250, § 1º);
- b) como dividendos (parte do lucro líquido): lucros distribuídos e lucros remanescentes (art. 17, § 1º, I, *£*, § 4º; art. 202 e §§ 5º e 6º);
- c) como participação no resultado (momento que antecede à apuração do lucro líquido): art. 59, VII; art. 64, VIII; 152, § 1º, segunda parte e terceira parte, e § 2º; art. 162, § 3º; art. 179, II; art. 287, II, *d* e art. 295, § 2º;
- d) como fração do lucro líquido diferente dos dividendos: lucros (art. 118, § 5º; 178, § 2º, *d*, art. 182, § 4º, primeira parte; art. 186, III; art. 189, parágrafo único;



art. 190; art. 196 e § Iº; art. 197, § Iº; art. 200,1; art. 201, segunda e terceira partes; art. 204, § 2º, primeira parte; art. 226, § Iº; art. 244, § 4º; art. 250, III; e art. 296, § 5º);

- e) na acepção comum de ganho comercial: lucro (art. 155, III, art. 183, § Iº, *b-*, e art. 197, II);
- f) como resultado de uma demonstração financeira específica: art. 176, II; art. 186 e § 2º;
- g) como lucro bruto: art. 187, II;
- h) como resultado operacional positivo: lucro operacional (art. 187, IV);
- i) como valor a ser pago futuramente por conta da sociedade: reserva de lucros a realizar (art. 197 e § 2º; art. 199; art. 202, II, segunda parte, III; art. 204, § 2º, segunda parte);
- j) como valor da rentabilidade da ação: lucro líquido da ação (art. 256, III, c);
- l) como resultado das várias demonstrações financeiras (demonstrações do resultado do exercício, demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados e demonstração das origens das aplicações de recursos): demonstração de lucros e perdas (art. 289, § 6º).

Já em Ciências Contábeis, são usualmente identificadas cinco acepções para a palavra “*lucro*”, a depender da fase em que se encontra nos cálculos da chamada Demonstração do Resultado do Exercício (DRE). Esta demonstração incorpora todas as receitas e despesas de um determinado exercício e os lucros estão nela assim dispostos, a saber (m, José Carlos

Marion. *Contabilidade empresarial*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 112 e ss.):

- a) Lucro Operacional Bruto ou, simplesmente, Lucro Bruto; diferença da receita líquida (receita oriunda da venda de mercadorias desconsiderando-se os abatimentos, as devoluções e os impostos) e o custo das mercadorias vendidas;
- b) Lucro Operacional Líquido ou, simplesmente, Lucro Operacional (corresponde ao lucro relacionado ao objeto social da empresa): é o Lucro Bruto subtraído das Despesas Operacionais da empresa (despesas da empresa com a sua atividade-fim);
- c) Lucro Antes do Imposto de Renda: é o Lucro Operacional somado ao Resultado não Operacional da empresa (Receitas não Operacionais menos Despesas não Operacionais), a partir do Lucro Antes do Imposto de Renda é que se apura, em separado, o Lucro Real — base de cálculo do imposto de renda;
- d) Lucro Depois do Imposto de Renda: é o Lucro Antes do Imposto de Renda subtraído do valor a ser pago a título de Imposto de Renda (art. 189 da LSA);
- e) Lucro Líquido: é o Lucro Depois do Imposto de Renda subtraído das participações previstas nos estatutos, de debêntures, de empregados, de administradores e partes beneficiárias, e as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados (arts. 190 e 191 da LSAJ. Configura a sobra líquida que será posta à disposição dos sócios ou acionistas, ou

será apropriada em reserva, ou será capitalizada pela sociedade (arts. 193 a 205 da LSA).

Da explanação, colhe-se que o lucro que serve de base para pagamento de lucros ou dividendos aos acionistas é o Lucro Líquido e o lucro que serve de base para o pagamento das participações dos administradores é o chamado Lucro Depois do Imposto de Renda (art. 190 da LSA). Este difere do Lucro Líquido posto que o antecede nos cálculos da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE).

Dito de outra forma, quando se fala em participação do acionista nos lucros sociais, está se falando na obtenção de lucros (montante total) ou dividendos (montante dividido) por parte do acionista ou sócio, tendo por base de pagamento o Lucro Líquido, último item da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE).

Partindo para o Direito Tributário, analisando o significado da palavra “lucro” na norma em apreço, temos que o caput do art. 10 da Lei n. 9.249/95 menciona “lucros ou dividendos pagos ou creditados”.

Ora, como visto, a palavra “lucro”, dada à variedade de significados que pode possuir, não pode ser lida isoladamente do contexto jurídico-contábil em que se encontra.

Na hipótese, chamo também para a leitura o parágrafo único do mesmo art. 10 que fala em “aumento de capital por incorporação de lucros” (capitalização), “reservas constituídas” e “sócio ou acionista” (parágrafo suso transcrito com grifos).

Com efeito, a capitalização e a constituição de reservas são destinações do Lucro Líquido e não destinações daquilo que aqui chamamos de Lucro Depois do Imposto de Renda. Já o

sócio ou acionista se beneficia da repartição do Lucro Líquido. Essas hipóteses são explícitas nos arts. 193 a 205 da LSA.

Sendo assim, concluo que o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.249/95 vem a complementar o *caput* do mesmo artigo dando-lhe referibilidade ao Lucro Líquido.

Se os “lucros ou dividendos” a que se refere o conjunto normativo do art. 10 (*caput* e parágrafo único) são aqueles provenientes do Lucro Líquido, não há que se falar em extensão da isenção legal (não incidência) para os lucros pagos aos administradores da pessoa jurídica, posto que estes são destinações do chamado Lucro Depois do Imposto de Renda.

À toda evidência, como já realçado no voto vencido em apelação (fls. 189 e ss.), a norma legal ao utilizar a expressão “ou” em relação a lucros e dividendos os tratou como expressões de uma mesma realidade, onde “lucro” refere-se à empresa e “dividendo” refere-se ao sócio, sendo que ambas estão relacionadas à existência de capital aplicado.

Com efeito, somente o sócio ou acionista tem capital aplicado, o administrador não.

Admitir que a participação paga ao administrador goza da isenção em apreço significaria fomentar o comportamento elisivo constante em substituir a remuneração do administrador (tributada na fonte pelo imposto de renda) pelo pagamento da dita participação. Não parece ter sido este o escopo da lei.

No caso, ao isentar os lucros ou dividendos recebidos pelos sócios o legislador intencionou fomentar a atividade empresarial estimulando o comportamento daqueles que assumem riscos inserindo capital na sociedade.

Não se aplicando o art. 10 da Lei n. 9.249/95 à participação paga ao administrador, incide na espécie o disposto no

parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei n. 1.814B0, que sujeita ao imposto de renda na fonte os rendimentos atribuídos aos dirigentes e administradores de pessoa jurídica, a título de participação no resultado. Espécie a que melhor se amoldam os valores pagos ao administrador, *in verbis*\

Parágrafo único. Ficam também sujeitos ao imposto de renda na fonte, como antecipação, com base na tabela constante deste artigo, os rendimentos atribuídos aos dirigentes e administradores de pessoa jurídica, a título de gratificação ou participação no resultado.

Por fim, esclareço que no caso não existe *bis in idem*, visto que empresa e administrador são pessoas distintas, podendo muito bem ser simultaneamente tributados pelo mesmo imposto quando da ocorrência de fatos geradores distintos (obtenção de renda pela sociedade e obtenção de renda pelo administrador). Além disso, não havendo capital do administrador investido na sociedade, não há que se falar em nova tributação, ainda que reflexa, sobre o administrador ou sobre a sociedade.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido.

Inverta-se a sucumbência.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2006.0196926-7

REsp n. 884.999/BA

Números Origem: 200401000476527

200433000037002

Pauta: 04 de setembro de 2008

Julgado em 16 de setembro de 2008

Relator: Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Castro Meira

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra.

Dulcinéa Moreira de Barros

Secretária: Bela. Valéria Alvim Dusi

AUTUAÇÃO

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Everton Lopes Nunes e outro(s)

Recorrido: Elekeiroz S/A

Advogado: Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini e outro

ASSUNTO: Tributário - Imposto de Renda - Pessoa Jurídica

SUSTENTAÇÃO ORAL: Dr(A). ALEXANDRA MARIA CARVALHO CARNEIRO (Procuradora da Fazenda Nacional), pela parte RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

Dr(a). LUCIANO DA SILVA AMARO, pela parte RECORRIDA: ELEKEIROZ SA

CERTIDÃO: Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro (a)-Relator(a).

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de setembro de 2008

Valéria Alvim Dusi  
Secretária

## DESPACHOS

### **INSCRIÇÃO ESTADUAL. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE CND'S DE OUTROS ESTADOS E DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA DOS SÓCIOS. EXIGÊNCIAS DESARAZZOADAS.<sup>5</sup>**

10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

Processo n. 053.08.607927-4 Mandado de Segurança

Impetrante: CSN Cimentos S/A

Advogado: Guilherme Cezaroti

Impetrado: Coordenador da CAT - Coordenação da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo

Vistos. Concedo a medida liminar neste mandado de segurança preventivo impetrado por CSN CIMENTOS SOCIEDADE ANÔNIMA, pessoa jurídica cuja sede localiza-se no Município de Volta Redonda, Estado do Rio de Janeiro, e que demonstra real e justo receio de que o Fisco do Estado de São Paulo, por ato da Autoridade impetrada, senhor COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO

---

5. Despacho publicado no DOE de 10 de novembro de 2008.

PAULO, venha a lhe negar a inscrição estadual necessária a que realize suas operações neste Estado sob color de exigir-lhe a apresentação de certidão negativa de débitos fiscais e declaração de imposto de renda de pessoa física de seus sócios, exigência que, segundo a impetrante, é ilegal, nomeadamente porque desarrazoada. Com efeito, exigências formais dessa ordem vêm sendo acoimadas por granítica jurisprudência, formada a partir de antigo posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido de que elas são desarrazoadas e por isso ilegais, ao darem azo a que o Fisco exija, sem motivo suficiente, o cumprimento de determinadas obrigações tributárias como condição a que se autorize a inscrição como contribuinte, sem a qual a empresa não pode exercer sua atividade profissional. Entendeu o Pretório Excelso, pois, que essa situação é análoga a que ocorre quando o Poder Público interdita estabelecimento comercial como meio coercitivo para cobrança de tributo, e outras do mesmo jaez. De fato, além de o Fisco possuir meios eficazes e poderosos para a cobrança de seus tributos, tem-se que a Constituição da República de 1988 garante o direito fundamental de liberdade de iniciativa, que não pode ser contrastado pelo Poder Público, salvo quando a intervenção estatal se justifica, nomeadamente pela finalidade, de acordo com uma análise que decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade finalidade que não se encontra presente na hipótese, como se conclui em cognição sumária. Daí que, presentes os requisitos legais, CONCEDO a medida liminar para assegurar à impetrante, CSN CIMENTOS SOCIEDADE ANÔNIMA, o direito de obter a inscrição estadual (em São Paulo), como substituta tributária, salvo se existir outro óbice (que não as exigências que constituem objeto deste *wrii*).



Com urgência, expeça-se mandado de intimação a fim de que a Autoridade impetrada, conhecendo do conteúdo desta Decisão, dê-lhe efetivo e cabal cumprimento, sob as penas da Lei.

Notifique-se a digna Autoridade impetrada para que, no prazo legal, preste informações. Oportunamente, ao MINISTÉRIO PÚBLICO. Int.

## EMENTAS

### **EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ONLINE*. NECESSIDADE DE TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS.<sup>6</sup>**

Voto n. 12.114

10ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento n. 778.501-5/4

Comarca: Itapeverica da Serra

Agravante: Henriplast Artefatos Plásticos Ltda.

Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo.

**EXECUÇÃO FISCAL.** Penhora. Decisão que deferiu o pedido de penhora *on line* de ativos financeiros da executada. Medida excepcional que exige o esgotamento de outros meios para a satisfação do crédito da exequente. Inexistência, no caso concreto, de tentativas de localização e constrição de outros bens. Escoamento do prazo para indicação de bens à penhora. Expedição de mandado para livre penhora. Agravo de instrumento provido, prejudicado o regimental.

---

6. Ementa publicada no TJSP, Caderno 2, de 11 de setembro de 2008.

Acordam, em Décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e Torres de Carvalho.

São Paulo, 25 de agosto de 2008.

**JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DISTRIBUIÇÃO DE VALORES ACUMULADOS. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA LEGISLAÇÃO. POSSIBILIDADE.**

Número do Recurso: 158.410

Câmara: Primeira Câmara

Número do Processo: 18471.001473/2006-47

Tipo do Recurso: Voluntário

Matéria: IRPJ e outro

Recorrente: Companhia Siderúrgica Nacional

Recorrida/Interessado: 3ª Turma /DRJ - Rio de Janeiro/RJ

Data da Sessão: 29 de maio de 2008

Relator: Valmir Sandri

Decisão: Acórdão n. 101-96751

Resultado: DPU - Dar provimento por unanimidade

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

EMENTA:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Anos-calendário: 2002 e 2006

EMENTA : JUROS A S/CAPIT L PRÓPRIO . DEDUTIBILIDADE . LIMITE TEMPORAL . O período de competência , para efeito de dedutibilidade dos juros sobre capital próprio da base de cálculo do imposto de renda, é aquele em que há deliberação de órgão ou pessoa competente sobre o pagamento ou crédito dos mesmos , podendo , inclusive , remunerar o capital tomando por base o valor existente em períodos pretéritos , desde que respeitado os critérios e limites previsto em lei na data da deliberação do pagamento ou crédito, ou seja, nada obsta a distribuição acumulada de JCP — desde que provada , ano a ano , ter esse sido passível de distribuição -, levando em consideração os parâmetros existentes no ano-calendário em que se deliberou sua distribuição.

LANÇAMENTO DECORRENTE . CSLL. Tratando-se de lançamento reflexo , a solução dada ao lançamento matriz é aplicável, no que couber, ao lançamento decorrente, quando não houver fatos novos a ensejar decisão diversa, ante a íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Recurso Voluntário Provido.

**CDA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO FATO GERADOR DO DÉBITO EXECUTADO. NULIDADE.<sup>7</sup>**

Recurso Especial n. 965.223/SP (2007.0151093-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Município De São Paulo

Procurador: Ricardo Marcondes Martins e outro(s)

Recorrido: Moema Imóveis e Administração Ltda.

Advogado: Waldyr Pereira e outro(s)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DA INFRAÇÃO. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. NULIDADE.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados, a fim de dar efetividade ao princípio constitucional da *ampla* defesa do executado.

2. Diante disso, torna-se obrigatória a descrição do fato constitutivo da infração, não sendo suficiente a menção genérica a “multa de post geral”, como origem do débito a que se refere o art. 2º, § 5º, III, da Lei n. 6.306/06.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell

---

7. Acórdão disponibilizado no DJe de 21 de outubro de 2008.

Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2008 (Data do Julgamento)

Ministra Eliana Calmon

Relatora

**RÁDIO-CHAMADA. INCIDÊNCIA DE ISS. SERVIÇO DE SECRETÁRIA. ATIVIDADE-MEIO. NÃO INCIDÊNCIA DO ISS E DO ICMS.<sup>8</sup>**

Recurso Especial n. 848.490/RJ (2006.0076096-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procuradora: Daniela Aliam Giacomet e outro (s)

Recorrente: Município Do Rio De Janeiro

Procurador: Andréa Veloso Correia e outro(s)

Recorrido: TWW Do Brasil S/A

Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro (s)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CPC, ART. 535. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SERVIÇO DE “RADIOCHAMADA” (*PAGERS*). LOCAÇÃO DE APARELHO. ATIVIDADE DE SECRETARIA. ICMS E ISS. ÁREA DE INCIDÊNCIA.

1. Não ocorre violação ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem aprecia expressamente a questão suscitada nos embargos de declaração.

2. A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que o disposto no art. 2º, III, da LC n. 8796, só contempla o

---

8. Acórdão disponibilizado no DJe de 21 de outubro de 2008.

ICMS sobre os serviços de comunicação *stricto sensu*, não sendo possível, pela tipicidade fechada do direito tributário, estender-se aos serviços meramente acessórios ou preparatórios. Precedentes.

3. De igual maneira, é firme a orientação de que não incide o ISS sobre a atividade-meio utilizada na prestação do serviço, como é o caso da atividade de secretaria (anotação de recados e digitação de mensagens) envolvida na prestação de serviços de “radiochamada” por intermédio de *paggers*.

4. Impossibilidade de modificação do acórdão recorrido, dada a ausência de recurso especial do contribuinte e em razão do princípio da *non reformatio in pejus*.

5. Recursos especiais não providos.

ACÓRDAO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ‘A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).’ Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 16 de setembro de 2008 (Data do Julgamento)

Ministra Eliana Calmon

Relatora

**LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. FORMAÇÃO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.<sup>9</sup>**

9. Acórdão disponibilizado no DJe de 07 de novembro de 2008.

Recurso Especial n. 796.064/RJ (2005.0180010-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: J. Farah Móveis e Decorações Ltda. e outros

Advogado: Vany Roselina Giordano e outro(s)

Recorrente: Viação Nossa Senhora de Lourdes S/A e outro

Advogado: Ana Maria Negreiro e outro(s)

Recorrente: Sociedade Educacional São Pedro de Acântara

Advogado: Leonardo Miguel Saad e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Deborah da Silva Simonetti Abreu e outro(s)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LITIS-CONSÓRCIO FACULTATIVO ULTERIOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. LEIS NS. 7.787/89 E 8.21291. COMPENSAÇÃO. ART. 89, § 3º, DA LEI N. 8.21291. LIMITAÇÕES INSTITUÍDAS PELAS LEIS NS. 9.03295 E 9.12995. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA TERMO INICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ARTS. 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN, E SÚMULA N. 18&5TJ. APLICAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO. REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. A inclusão de litisconsorte ativo facultativo, após a distribuição da ação judicial, configura desrespeito à garantia constitucional do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988), praxe que é coibida pela norma inserta no art. 253, do CPC, segundo o qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido

extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda (art. 253, II, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.280/06) (Precedentes do STJ: **AgRg no MS 615DF**, Rei. Ministro Bueno de Souza, Corte Especial, julgado em 13.06.1991, DJ de 16 de março de 1992; **REsp n. 24.743KJ**, Rei. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 20 de agosto de 1998, DJ 14 de setembro de 1998; e **REsp n. 931.535RJ**, Rei. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25 de outubro de 2007, DJ 05 de novembro de 2007).

2. A violação do princípio do juiz natural em virtude do ulterior ingresso de litisconsortes ativos facultativos, não atrai a incidência do art. 113. §» 2º, do CPC. Isto porque decorre da inobservância das regras de determinação de competência, e não em razão da incompetência do juízo, consoante se depreende do seguinte excerto do voto-condutor do acórdão recorrido:

Com efeito, o juízo não é absolutamente incompetente, tanto que, no caso de nova apresentação da ação (havendo uma nova distribuição e, não, uma redistribuição), a lide poderia vir a ser julgada pelo mesmo juízo, mas desta vez com a estrita observância do princípio do juiz natural, pelo emprego das devidas e inafastáveis regras de distribuição de feitos.

3. O litisconsórcio superveniente inadmitido impõe, quanto aos litisconsortes, a extinção do processo, porquanto o desmembramento e redistribuição dos autos implicaria em violação aos princípios da razoabilidade e da celeridade processuais, comprometendo o desenvolvimento regular da função jurisdicional e prejudicando o exercício da ação ou



da defesa, e contrariando o escopo do parágrafo único, do art. 46, do *Codex* Processual.

4. As Leis ns. 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.129, de 20 de novembro de 1995, promoveram alterações na Lei n. 8.212/91 (Lei de Organização da Seguridade Social - LOAS), cujo art. 89, § 3º, passou, sucessivamente, a dispor:

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. [Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995]

[...]

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser recolhido em cada competência. [Incluído pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995]

[...]

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. [Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20 de novembro de 1995]

[...]

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. [Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20 de novembro de 1995]

[...]

5. A jurisprudência da Primeira Seção assentava que: declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores a esse título recolhidos anteriormente à edição das Leis ns. 9.032/95 e 9.129/95, ao serem compensados, não estavam sujeitos às limitações percentuais por elas impostas, em face das regras de direito intertemporal (*fempus regitactum*) e do princípio constitucional do

direito adquirido (Precedentes: **EREsp n. 168.77CÍRS**, Rei. Ministro Garcia Vieira, Primeira Seção, julgado em 29 de fevereiro de 2000, DJ 03 de abril de 2000; **EREsp n. 164.739/SP**, Rei. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 08 de novembro de 2000, DJ 12 de fevereiro de 2001; **EREsp n. 211.749/SC**, Rei. Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, julgado em 08 de novembro de 2000, DJ 19 de março de 2001; **EREsp 194.279PR**, Rei. Ministro Paulo Gallotti, Primeira Seção, julgado em 18 de dezembro de 2000, DJ 04 de junho de 2001; **EREsp 227.060SC**, Rei. Ministro Francisco Peçanha Martins, Reip/Acórdão Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, julgado em 27 de fevereiro de 2002, DJ 12 de agosto de 2002; e **EREsp n. 187.296PR**, Rei. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 23 de outubro de 2002, DJ 12 de maio de 2003).

6. A Primeira Seção, em 12 de março de 2003, no julgamento dos **EREsp n. 189.052SP**, sedimentou o entendimento de que o direito à compensação de indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação, não se submete às limitações erigidas pelas Leis ns. 9.03295 e 9.12995, porquanto imperativa, nesse caso, a restituição integral dos valores recolhidos indevidamente, sob pena de ofensa ao primado da supremacia da Constituição (publicado no DJ de 03 de novembro de 2003).

7. Na oportunidade, restou assente que:

Diante de uma situação de normalidade, ou seja, tendo em vista exação válida perante o ordenamento jurídico, a lei aplicável, em matéria de compensação tributária, será aquela vigente na data do encontro de créditos e débitos, pois neste momento é que surge efetivamente o direito à compensação, de acordo com os cânones traçados pelo Direito Privado

a tal instituto, que devem ser respeitados pela lei tributária, *ex vi* do art. 110 do Código Tributário Nacional.

Diversa será, no entanto, a situação quando houver declaração de inconstitucionalidade do tributo, tendo em vista que tal declaração expunge do mundo jurídico a norma, que será considerada inexistente *ab initio*. Sua nulidade contamina, *ab ovo*, a exação por ela criada, que será considerada, a partir da declaração de inconstitucionalidade, devido aos seus efeitos *erga omnes*, como se nunca tivesse existido. O direito à restituição do indébito que emana deste ato de pagar tributo inexistente dar-se-á, na espécie, por meio de compensação tributária, não podendo, em hipótese alguma, ser limitado, sob pena de ofensa ao primado da supremacia da Constituição. E isso porque, o limite à compensação, seja de 25% ou 30%, torna parte do pagamento válido, concedendo, assim, eficácia parcial a lei nula de pleno direito.

8. A Cláusula de Plenário (art. 97 de CPI 988) resta violada em face da jurisprudência do STT que excepciona a aplicação das limitações à compensação introduzidas pelas Leis ns. 9.03295 e 9.12995 em se tratando de pagamentos indevidos atinentes a contribuições sociais previdenciárias ulteriormente declaradas inconstitucionais em sede de controle concentrado, *ratio essendi* da presente afetação à Seção.

9. Deveras, perfilha a tese de que, enquanto não declaradas inconstitucionais as Leis ns. 9.03295 e 9.12995, em sede de controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário, uma vez que a norma jurídica, enquanto não regularmente expurgada do ordenamento, nele permanece válida, razão pela qual a compensação do indébito tributário, ainda que decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação, submete-se às limitações erigidas pelos diplomas legais que regem a compensação tributária.

10. A restituição mediante repetição não se subsume às limitações, diferentemente da compensação tributária, insti-

tuto jurídico informado pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos, que carece de lei autorizativa que, legitimamente, pode condicioná-la, sendo certo que é facultado ao contribuinte submeter-se às regras impostas pelo legislador ordinário para fazer jus à compensação ou, então, pleitear a repetição do indébito tributário, que não observa qualquer condicionamento, salvo o recebimento por precatório.

11. A declaração de inconstitucionalidade da norma que veicula a regra-matriz de incidência tributária, fundamento de validade da norma individual e concreta constitutiva do crédito tributário (lançamento tributário ou ato de formalização do próprio contribuinte), não retira a natureza tributária da importância recolhida a título de tributo e que é objeto da devolução pleiteada, consoante doutrina clássica:

A importância recolhida a título de tributo pode ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real, quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então, a controvertida figura do tributo indevido, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo, correspondendo antes a mera prestação de fato. Não pensamos assim. As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do art. 3º, do Código Tributário Nacional. A contingência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as descaracteriza como tributo e para isso é que existem os sucessivos controles de legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo, tomando a iniciativa ao supor descabido o que lhe foi cobrado, ou postulando a devolução daquilo que pagara indebitamente. Não sendo suficiente o procedimento administrativo que para esse fim se instale, terá o interessado acesso ao Poder Judiciário, onde poderá deduzir, com os recursos inerentes ao processo judicial, todos os argumentos e provas que dêem substância aos seus direitos (Paulo de Barros Carvalho, in *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 16ª ed., 2004, págs. 455^56)

12. O efeito *ex tunc* do controle concentrado de constitucionalidade, bem como a presunção de validade constitucional da norma jurídica que ensejou a tributação reveste de regularidade o pagamento efetuado no período em que ainda não expurgada do ordenamento jurídico.

13. A inconstitucionalidade da norma jurídica que veicula a regra matriz de incidência tributária, uma vez declarada, implica o “fato jurídico ensejador da configuração do débito do fisco” qual o pagamento indevido do tributo, sendo certo que o contribuinte pode optar: (i) pela compensação tributária, sujeitando-se, contudo, às condições estabelecidas na lei autorizativa, ou (ii) pela repetição do indébito (sem quaisquer restrições, somente as de ordem processual).

14. A compensação tributária, posto diversa da figura de direito privado que extingue compulsoriamente a obrigação, é condicionada ao discricionarismo do Tesouro Público:..o sujeito passivo só poderá contrapor seu crédito ao crédito tributário, como direito subjetivo seu, nas condições e sob as garantias que a lei fixar. Fora disso, quando a lei o permite, se aceitar as condições específicas que a autoridade investida de poder discricionário, nos limites legais, para fixá-las, estipular, julgando da conveniência e da oportunidade de aceitar ou recusar o encontro dos débitos (Aliomar Baleeiro, in *Direito Tributário Brasileiro*, 1<sup>a</sup> ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág. 898).

15. O art. 170, do CTN, legitima o ente legiferante a autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do contribuinte, estabelecendo, para tanto, condições e garantias para seu exercício, donde se deduz a higidez da estipulação legal de limites para sua realização.

16. A compensação tributária, por seu turno, configura renúncia fiscal, cuja concessão, afastada dos lindes traçados pelo legislador, compromete o equilíbrio orçamentário do Estado, bem como o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, custeado, entre outros, pelas contribuições sociais em tela.

17. A Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento de que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

18. A compensação tributária e os limites percentuais erigidos nas Leis ns. 9.032/05 e 9.129-95 mantém-se, desta sorte, hígida, sendo certo que a figura tributária extintiva deve obedecer o marco temporal da “data do encontro dos créditos e débitos”, e não do “ajuizamento da ação”, termo utilizado apenas nas hipóteses em que ausente o prequestionamento da legislação pertinente, ante o requisito específico do recurso especial.

19. A natureza tributária das contribuições previdenciárias, bem como do indébito, mercê de decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação, impõe a incidência do parágrafo único, do art. 167, do CTN, e da Súmula n. 188STJ, segundo a qual “os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

20. A obtenção de decisão judicial favorável trânta em julgado, proferida em ação condenatória, confere ao contribuinte a possibilidade de executar o título judicial, acaso pretenda o recebimento do crédito por via do precatório, ou proceder à compensação tributária.

21. A opção entre o recebimento do crédito por precatório cabe ao contribuinte, haja vista que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação (Precedentes do STJ: REsp n. 814.1424<sup>^</sup>, Rei. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07 de agosto de 2008, DJe 22 de agosto de 2008; REsp n. 891.758/SP, Rei. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24 de junho de 2008, DJe 13 de agosto de 2008; AgRg no AgRg no REsp n. 946.965T.S, Rei. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13 de maio de 2008, DJe 28 de maio de 2008; AgRg no Ag 929.194SC, Rei. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13 de maio de 2008, DJe 16 de junho de 2008, REsp n. 937.632/SC, Rei. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF I<sup>a</sup> Região), Segunda Turma, julgado em 15 de abril de 2008, DJe 02 de maio de 2008; REsp n. 868.162SP, Rei. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06 de março de 2008, DJe 10 de abril de 2008; e REsp n. 798.166RJ, Rei. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11 de setembro de 2007, DJ 22 de outubro de 2007).

22. Recurso especial da Viação Nossa Senhora de Lourdes SA e Transportes Paranapan Ltda. desprovido, mantendo-se a exclusão dos litisconsortes cujo ingresso restou pleiteado após a distribuição da ação.

23. Recurso especial de J. Farah Móveis e Decorações Ltda. e Outras desprovido, ante a inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC, à espécie, e tendo em vista a higidez das limitações à compensação tributária erigidas pela Leis ns. 9.03295 e 9.1296)5.

24. Recurso especial da Sociedade Educacional São Pedro de Alcântara parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito de opção do recebimento do crédito, quer pela compensação (caso a empresa se coadune com as exigências limitações legais), quer pela repetição do indébito tributário.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais da Viação Nossa Senhora de Lourdes SA e Transportes Parapuanan Ltda. e de J. Farah Móveis e Decorações Ltda. e outras, e dar parcial provimento ao recurso especial da Sociedade Educacional São Pedro de Alcântara, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Sustentou oralmente o Dr. WALTER HENRIQUE DOS SANTOS (PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL), pela parte RECORRIDA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008 (Data do Julgamento).



**IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO COMPROMISSÁRIO-COMPRADOR E DO COMPROMISSÁRIO-VENDEDOR.<sup>10</sup>**

Recurso Especial n. 1.059.923/RJ (2008.0112482-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: ECIA Irmãos Araújo Engenharia e Comércio S/A

Advogado: Luana de Oliveira Dias Leite e outro(s)

Recorrido: Município do Rio de Janeiro

Procurador: Heloísa Cyrillo Gomes e outro(s)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 34 DO CTN.**

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o promitente comprador pode ser considerado contribuinte do IPTU, conjuntamente com o proprietário do imóvel, responsável pelo seu pagamento. A existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do imposto não implica exclusão automática, do pólo passivo da obrigação tributária, do titular do domínio (assim entendido aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis). Precedentes: REsp n. 979.970/SP (Rei. Min. Luiz Fux), dentre outros.

2. Legítimo para figurar no pólo passivo da execução fiscal tanto o promissário-vendedor como o promissário-comprador, podendo a autoridade administrativa optar por um ou por outro, visando a facilitar o procedimento de arrecadação (Precedente REsp n. 457.078/SP, Rei. Min. Teori Albino Zavascki).

---

10. Acórdão disponibilizado no DJe de 18 de novembro de 2008, p. 268.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 21 de outubro de 2008 (Data do Julgamento)

**CPME OPERAÇÃO SIMBÓLICA DE CÂMBIO. MÚTUO FINANCEIRO CONVERTIDO EM INVESTIMENTO NO CAPITAL. INCIDÊNCIA.<sup>11</sup>**

Recurso Especial n. 856.570/RJ (2006.0131228-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudio Xavier Seefelder Filho, Márcio Burlamaqui e outro(s)

Recorrido: Telecom Américas Brasil Ltda.

Advogado: Leonardo Viveiros de Castro e outro(s)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. CPMF. OPERAÇÃO SIMBÓLICA DE CONTRATO DE CÂMBIO COM O POSTERIOR INVESTIMENTO NO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA DEVEDORA, PARA EFEITO DE LIQUIDAR DÉBITO**

---

11. Acórdão disponibilizado no DJe de 03 de dezembro de 2008, p. 268.

CONTRAÍDO EM MÚTUO FINANCEIRO COM A PRÓPRIA CONTRATANTE. CIRCULAÇÃO ESCRITURAL DE MOEDA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 2º, VI, DA LEI N. 9.311/98. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. PRECEDENTES.

1. Não se faz necessária a exteriorização de movimentação de valores realizada por meio de uma transferência financeira direta entre as empresas contratantes para que se configure o fato gerador da CPMF.

2. Na ausência de norma isentiva da cobrança de CPMF, especificamente para as operações realizadas, não há falar em exoneração de tal tributo.

3. Precedentes: *REsp n. 796.888LPR, 1ª Turma, Rei. Min. Luiz Fux, DJ de 31 de maio de 2007; REsp n. 937.759ER, 1ª Turma, Rei. Min. Francisco Falcão, DJ de 11 de outubro de 2007.*

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentou oralmente o Dr. Leonardo Viveiros de Castro, pela parte recorrida.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2008 (Data do Julgamento).

Ministra Denise Arruda  
Relatora

